



Kündigung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in öffentlichen Unternehmen

ROLAND MÜLLER*

KURT PÄRLI**



ANDREA CARONI***

Immer häufiger lagert die öffentliche Hand Aufgaben in separate Unternehmen aus. Dadurch lassen sich Kosten einsparen, Effizienzsteigerungen erzielen und Korruptionsrisiken vermindern. Wählt die öffentliche Hand dafür die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft, erfolgt in der Regel eine privatrechtliche Anstellung der Mitarbeiter. Dies verleitet zur Annahme, dass Kündigungen nach dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit ohne weitere Vorkehrungen und ohne besonderes Verfahren ergehen können. Die Autoren zeigen, dass Grundrechte und Verfassungsprinzipien auch bei privatrechtlichen Anstellungen in öffentlichen Unternehmen das Arbeitsverhältnis überlagern. Folglich bleibt die Einhaltung konkreter Verfahrensschritte nötig, um den rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen. Abschliessend zeigen konkrete Empfehlungen die korrekte Durchführung der Kündigung von privatrechtlichen Arbeitsverträgen in öffentlichen Unternehmen.

Les pouvoirs publics confient de plus en plus souvent des tâches à des entreprises distinctes. Cela permet de réaliser des économies, d'augmenter l'efficacité et de réduire les risques de corruption. Si les pouvoirs publics choisissent, à cette fin, la forme d'une société anonyme privée, les employés sont en général engagés sur la base du droit privé. L'on peut dès lors supposer que les licenciements s'effectueront sans autre mesure ni procédure spécifique, conformément au principe de la liberté de résilier. Les auteurs montrent que, dans les entreprises publiques, les droits fondamentaux et principes constitutionnels se superposent à la relation de travail même lorsque le collaborateur est employé selon le droit privé. Par conséquent, le respect de certaines étapes de procédure reste nécessaire afin de satisfaire aux exigences de l'État de droit. Pour terminer, quelques recommandations concrètes montrent comment résilier correctement des contrats de travail de droit privé dans les entreprises publiques.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung und Problemstellung
- II. Begriffsbestimmungen
 - A. Öffentliches Unternehmen
 - B. Privatrechtlicher Einzelarbeitsvertrag
 - C. Kündigung
 - D. Rechtsstaatlichkeitsprinzipien
- III. Bindung der öffentlichen Unternehmen an Rechtsstaatlichkeitsprinzipien

- A. Anwendbare Rechtsgrundlage
- B. Adressaten der Grundrechtsbindung
 - 1. Organisationsform
 - 2. Unmittelbar und mittelbar beherrschtes Unternehmen
- C. Umfang der Grundrechtsbindung
 - 1. Allgemein
 - 2. Hoheitliches Handeln
 - 3. Privatrechtliches Handeln des Staates
- IV. Auswirkung der Grundrechtsbindung
 - A. Bindung an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gemäss Art. 5 BV etc.
 - B. Bedeutung für das grundrechtsgebundene Arbeitsverhältnis
 - C. Kündigungsschutz im Besonderen
 - 1. Formeller und materieller Kündigungsschutz
 - 2. Willkürverbot/Sachlicher Grund
 - 3. Verhältnismässigkeitsprinzip
 - 4. Rechtliches Gehör
 - 5. Sanktionen und Rechtsweg
- V. Zusammenfassung und Empfehlungen
 - A. Zusammenfassung
 - B. Empfehlungen

* ROLAND MÜLLER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor für Privatrecht an den Universitäten St. Gallen und Bern.

** KURT PÄRLI, Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht an der Universität Basel.

*** ANDREA CARONI, Dr. iur., MPA Harvard, Rechtsanwalt, Ständerat, Lehrbeauftragter für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen.

I. Einleitung und Problemstellung

Die staatliche Aufgabenerfüllung wird in der heutigen Zeit nicht mehr primär durch die Verwaltung vorgenommen. Dezentralisierung und Privatisierung von Staatsaufgaben stellen keine Seltenheit mehr dar. Dabei ist die öffentliche Hand frei in der Wahl, welche Unternehmensform sie zur Erfüllung der Aufgaben wählt.

Unabhängig von der Unternehmensform ist es möglich, die entsprechenden Arbeitnehmer öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich anzustellen. Dabei sind im Wesentlichen drei Varianten denkbar. Erstens, gewissermassen der Normalfall bei der staatlichen Aufgabenerfüllung: Das Arbeitsverhältnis wird durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag oder eine mitwirkungsbedürftige Verfügung begründet. Massgebend ist dann öffentliches Recht. Zweitens kann eine privatwirtschaftliche Arbeitgeberin durch Eingehen eines Vertrags gemäss Art. 319 ff. OR Arbeitnehmer anstellen. Das Arbeitsverhältnis ist dann dem Privatrecht – genauer den Regelungen des OR – unterstellt, selbst wenn öffentliche Aufgaben für den Staat erfüllt werden. Drittens kann eine öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin Arbeitnehmer auf der Basis des Privatrechts anstellen. Aus Art. 342 Abs. 1 lit. a OR lässt sich kein Verbot ableiten, welches dieser Möglichkeit widersprechen würde. Die Zulässigkeit privatrechtlicher Anstellungen durch das Gemeinwesen ist demnach anerkannt. Allerdings ist hierfür eine gesetzliche Grundlage notwendig.

Fragen zur Rechtsgrundlage und zur Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses in einem öffentlichen Unternehmen ergeben sich vor allem im Zusammenhang mit der Grundrechtsbindung. Inwiefern greifen Verfassungsprinzipien und Grundrechte in eine privatrechtliche Anstellung durch den Staat ein? Mit anderen Worten: Wie ist es um die Reichweite dieser Garantien bestellt?

Ist bei einer öffentlich-rechtlichen Anstellung unbestritten, dass sich das Gemeinwesen an die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit zu halten hat, so ist dies bei einer privatrechtlichen Anstellung in der Lehre teilweise umstritten.

Meist lässt sich ohne grossen Aufwand eruieren, ob es sich um ein öffentliches oder ein privates Unternehmen handelt. Schon schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob die dort beschäftigten Mitarbeiter ein öffentlich-rechtliches oder ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis haben. Doch selbst wenn klargestellt ist, dass ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis in einem öffentlich-rechtlichen Unternehmen vorliegt, ist damit die Kündigungsproblematik noch nicht gelöst. Muss sich die Arbeitgeberin aufgrund der Rechtsstaatlichkeitsprinzipien an ein bestimm-

tes Verfahren halten? Muss ein sachlicher Grund gegeben sein oder kann wie im privaten Unternehmen ohne besonderes Verfahren und ohne speziellen Grund einfach gekündigt werden? Was sind sodann die Rechtsfolgen bei einer Verletzung solcher verfassungsmässigen Pflichten? In welchem Verfahren werden sie beurteilt?

Im Zusammenhang mit der Kündigung von Bundesangestellten hat das Bundesverwaltungsgericht in zwei Entscheidungen klargestellt, wann und wie vor der Kündigung eine Mahnung zu erfolgen hat. Diese muss eine Rüge- und Warnfunktion haben, damit eine Besserung möglich ist. Die Rügefunktion kann nur erfüllt werden, wenn die Vorwürfe detailliert und mit Bezug auf konkrete Vorfälle mitgeteilt werden. Im Hinblick auf die Warnfunktion muss zumindest konkludent eine Androhung der ordentlichen Kündigung zum Ausdruck kommen.¹

Im Folgenden soll abgeklärt werden, ob ein solches Verfahren auch bei der Kündigung von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen in öffentlichen Unternehmen eingehalten werden muss. Grundlage der Abklärung ist dabei die Frage nach der Verpflichtung des öffentlichen Unternehmens zur Einhaltung der Rechtsstaatlichkeitsprinzipien.

II. Begriffsbestimmungen

A. Öffentliches Unternehmen

Ein einheitlicher Begriff des «öffentlichen Unternehmens» ist in der schweizerischen Rechtslehre nicht zu finden. Bezeichnet wird ein öffentliches Unternehmen unter anderem als Unternehmen, das von der öffentlichen Hand getragen wird.² Öffentlich wird das Unternehmen, sobald es vom Gemeinwesen beherrscht wird.³ Eine Definition, welche auch vorliegend verwendet wird, findet sich in Art. 2 lit. b der Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (Abl. L 318/17, 17.11.2006):

¹ Vgl. BVGer, A-7165/2016, 5.12.2017, E. 5.1.1, und A-1399/2017, 13.6.2018, E. 3.4.

² STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer: Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss., Zürich 2000, 34.

³ ANDREAS STÖCKLI, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Ein Beitrag zum Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen, Bern 2012, 15.

Art. 2 lit. b RL 2006/111/EG

Jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

B. Privatrechtlicher Einzelarbeitsvertrag

Anstellungsverhältnisse bei öffentlichen Unternehmen können grundsätzlich auf drei Arten begründet werden: als öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis mittels mitwirkungsbedürftiger Verfügung, als verwaltungsrechtlicher Vertrag oder als privatrechtliches Anstellungsverhältnis mittels eines privatrechtlichen Vertrags.⁴

Damit von einem Arbeitsvertrag auszugehen ist, bedarf es entsprechend Art. 319 OR begriffsnotwendiger Elemente, die auch im öffentlichen Recht zur Abgrenzung dienen. Namentlich muss eine entgeltliche Arbeitsleistung für bestimmte oder unbestimmte Zeit (Dauerschuldverhältnis) angeboten werden und es muss eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordinationsverhältnis) vorliegen.

C. Kündigung

Eine Kündigung löst ein Anstellungsverhältnis grundsätzlich auf.⁵ Je nachdem, wie das Arbeitsverhältnis begründet wurde, hat die Kündigung eine andere Form.

Handelt es sich um ein privatrechtliches Anstellungsverhältnis, ist mittels empfangsbedürftiger Willenserklärung zu kündigen. Es handelt sich demnach um einen einseitigen Rechtsakt. Im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis stellt eine Kündigung – unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis mit Vertrag oder Verwaltungsverfügung begründet wurde – eine Verfügung dar. Es handelt sich demnach um einen Verwaltungsakt.

Es besteht die Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis auch mittels Aufhebungsvereinbarung zu beenden. Auch wenn hier teilweise andere Vorschriften Gültigkeit erlangen, so müssen doch zumindest in Bezug auf den Prozess, wel-

cher zur Erstellung der Aufhebungsvereinbarung führt, bezüglich der Rechtsstaatlichkeit die gleichen Prinzipien wie bei einer Kündigung gelten, da es anderenfalls für die Arbeitgeberin möglich wäre, den Arbeitnehmer zu einer solchen Vereinbarung zu drängen und somit ihre Verpflichtungen zu umgehen.

D. Rechtsstaatlichkeitsprinzipien

Die schweizerische Bundesverfassung verwendet den Begriff der Rechtsstaatlichkeit nicht direkt. Allerdings wird in Art. 5 BV statuiert, dass die Grundlagen und Schranken des staatlichen Handelns das Recht sind (Abs. 1) und dass staatliches Handeln verhältnismässig zu sein hat sowie im öffentlichen Interesse liegen muss (Abs. 2). Somit findet das Rechtsstaatlichkeitsprinzip an dieser Stelle seine allgemeine Verankerung,⁶ ergänzt durch das Gebot der Rechtsgleichheit in Art. 8 BV, das Willkürverbot und das Gebot des Handelns nach Treu und Glaubens in Art. 9 BV sowie durch grundrechtliche Verfahrensgarantien in Art. 29 ff. BV. Nachfolgend werden die für die vorliegende Problematik wichtigsten Prinzipien kurz erläutert.

Das *Legalitätsprinzip* (oder auch: Grundsatz der Gesetzmässigkeit) dient der «Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns».⁷ Es weist zwei Komponenten auf: das Erfordernis einer gesetzlichen bzw. rechtmässigen Grundlage und die Bindung aller staatlichen Instanzen an das vorgegebene/gültige Recht.⁸

Der Begriff des *öffentlichen Interesses* ist in höchstem Masse unbestimmt und lässt sich nicht mit Rückgriff auf ein materielles Konzept des Gemeinwohls konkretisieren.⁹ Zudem ist der Begriff nicht nur unbestimmt, er unterliegt auch einem zeitlichen Wandel.¹⁰ Da die Umschreibung des öffentlichen Interesses rechtlich weitgehend nicht vorbestimmt und somit eine Frage politischer Wertung ist, ist es in erster Linie Aufgabe des Verfas-

⁴ Siehe hierzu auch ROLAND MÜLLER/CAROLINE VON GRAFFENRIED, Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, recht 2011, 156 ff., 156.

⁵ Sie ist in der Regel auch gültig und nicht anfechtbar. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist im Gleichstellungsgesetz zu finden, welche die provisorische Wiedereinsetzung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin vorsieht (Art. 10 GlG). Auch GAV sehen u.U. Bedingungen für eine Kündigung vor. So verpflichtet der GAV für Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen die Arbeitgeberin zu Schritten wie Verwarnungen und Bewährungsfristen, welche einer Kündigung vorausgehen.

⁶ RENÉ A. RHINOW, Rechtsstaatlichkeit im Spiegel der neuen Bundesverfassung, in: Peter Gauch/Daniel Thürer, Die neue Bundesverfassung, Analysen, Erfahrungen, Ausblicke, Zürich 2002, 55 ff., 62.

⁷ RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, Zwecke, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzgebung im Polizeibereich, LeGes 2008, 379 ff., 380.

⁸ GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. A., Zürich 2017, Art. 5 BV N 7.

⁹ SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 43, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich 2014 (zit. SGK BV-Verfasser).

¹⁰ SGK BV-SCHINDLER (FN 9), Art. 5 N 46.

sungs- und Gesetzgebers, dem Begriff normativen Gehalt zu verleihen.¹¹ Die rechtsanwendenden Behörden sind demgegenüber nicht frei in der Bestimmung, welche Interessen sie als öffentliche Interessen anerkennen wollen. Vielmehr muss für ihr Handeln der Status als öffentliches Interesse rechtlich ausgewiesen sein.¹²

Das *Verhältnismässigkeitsprinzip* erlangt vor allem dort grosse praktische Bedeutung, wo es um Grundrechtseinschränkungen gemäss Art. 36 BV geht. Liegt kein Eingriff in eine individualrechtliche Grundrechtsposition vor, so beurteilt sich die Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV und damit nach einem tendenziell weniger strengen Massstab.¹³ Um der Verhältnismässigkeit gerecht zu werden, muss das staatliche Handeln drei Teilanforderungen genügen: Es hat *zweckgeeignet*, *erforderlich* und *zumutbar* zu sein.¹⁴

Das in Art. 8 BV statuierte *Rechtsgleichheitsgebot* von Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleichheit nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln sei.¹⁵

Das in Art. 9 BV verankerte *Willkürverbot* besagt, dass jede Person Anspruch darauf hat, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Es soll einerseits dem Einzelnen ein Mindestmass an Gerechtigkeit garantieren und andererseits der (bundes-)gerichtlichen Rechtsprechung dazu dienen, Umfang und Intensität der verfassungsrichterlichen Kontrolle zu bestimmen.¹⁶

Das ebenfalls in Art. 9 BV festgelegte Gebot des Handelns nach *Treu und Glauben* verlangt ganz allgemein ein loyales Verhalten im Rechtsverkehr und schützt insbesondere berechtigtes Vertrauen sowie vor Rechtsmissbrauch.¹⁷

Der in Art. 29 Abs. 2 BV statuierte *Anspruch auf rechtliches Gehör* umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann.¹⁸

III. Bindung der öffentlichen Unternehmen an Rechtsstaatlichkeitsprinzipien

A. Anwendbare Rechtsgrundlage

Die Grundlage zur Schaffung von öffentlichen Unternehmen findet sich in Art. 178 Abs. 3 BV:

Art. 178 Abs. 3 BV

Verwaltungsaufgaben können durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.

Somit sind öffentliche Unternehmen ausgelagerte Verwaltungseinheiten, welche sich nicht nur auf Bundesebene, sondern auch auf Kantonsebene finden, da sich in den Kantonsverfassungen ähnliche Bestimmungen finden lassen, welche die Kantone und die Gemeinden dazu ermächtigen, solche Organisationen zu schaffen oder sich daran zu beteiligen. Neben dem oben erwähnten Art. 5 BV, welcher die Rechtsstaatlichkeit grundsätzlich aufführt, ist die Bindung an die Grundrechte für sämtliche Akteure, welche staatliche Aufgaben wahrnehmen, nochmals explizit in Art. 35 Abs. 2 BV verankert. Was Staatsaufgaben sind, bestimmt sich nach Verfassung und Gesetz und von der Schweiz ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen.¹⁹ Eine freiwillige Übernahme von staatlichen Pflichten verpflichtet den Privaten nicht, sich an die Grundrechte zu halten. Vielmehr müssen diese Aufgaben auch vom Staat auf den entsprechenden Privaten übertragen worden sein, damit eine Grundrechtsbindung gegeben ist.²⁰

B. Adressaten der Grundrechtsbindung

1. Organisationsform

Die öffentliche Hand hat, wenn sie staatliche Aufgaben delegiert, freie Hand bei der Wahl der Organisationsform. Es steht ihr frei, z.B. eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft zu gründen, sie kann ihre Aufgaben aber auch in Form eines privatrechtlichen Vereins erfüllen,²¹ wenn gleich sich hier die Frage stellt, ob für die Erfüllung einer bundesrechtlichen Aufgabe ein Verein die geeignete Organisationsform ist. Auf die Frage, wie weitreichend eine

¹¹ BGE 138 I 378 E. 8.3.

¹² SGK BV-SCHINDLER (FN 9), Art. 5 N 45.

¹³ BIAGGINI (FN 8), Art. 5 BV N 20.

¹⁴ BGE 136 I 29 E. 4.2.

¹⁵ BGE 128 I 225 E. 3.6.1; zum Ganzen SGK BV-SCHWEIZER (FN 9), Art. 8 N 18 ff.

¹⁶ BIAGGINI (FN 8), Art. 9 BV N 3; vgl. auch FELIX UHLMANN, Das Willkürverbot, Bern 2005, 69 ff.

¹⁷ SGK BV-ROHNER (FN 9), Art. 9 N 39.

¹⁸ BGE 144 I 11 E. 5.3.

¹⁹ SGK BV-SCHWEIZER (FN 9), Art. 35 N 35.

²⁰ SGK BV-SCHWEIZER (FN 9), Art. 35 N 34.

²¹ Ein Beispiel hierfür ist das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum Zug (RAV Zug). Die gesetzliche Grundlage bzw. die Definition der staatlichen Aufgabe ist in Art. 7 Abs. 1 lit. a AVIG zu finden. Das RAV Zug selbst ist als Verein organisiert; vgl. Internet: http://www.rav-zg.ch/index.php?inhalt=intern&unterinhalt=unsere_organisation (Abruf 5.5.2020).

Grundrechtsbindung bei einem Unternehmen ist, hat die gewählte Organisationsform keinen Einfluss.

2. Unmittelbar und mittelbar beherrschtes Unternehmen

Von einem unmittelbar beherrschten Unternehmen spricht man dann, wenn die öffentliche Hand direkt Einfluss auf das Unternehmen nehmen kann. Ein mittelbar beherrschtes Unternehmen liegt dann vor, wenn ein von der öffentlichen Hand unmittelbar beherrschtes Unternehmen seinerseits das betreffende Unternehmen – mittelbar oder unmittelbar – beherrscht, wenn also eine Unternehmenskaskade vorliegt.

Würde man die Frage der Rechtsstaatlichkeit oder der Grundrechtsbindung davon abhängig machen, ob ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar von der öffentlichen Hand beherrscht wird, würde es in letzter Konsequenz der öffentlichen Hand selbst überlassen, ob sie in gewissen Fällen völlig frei agieren kann oder durch die Rechtsstaatlichkeitsprinzipien gebunden sein will. Dies würde dem Grundgedanken, dass sich der Private auf gewisse Handlungsgrundsätze bei staatlichen Akten verlassen kann, zuwiderlaufen. Dementsprechend kann die Frage der Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit kein Kriterium darstellen, wenn es um die Frage geht, ob ein Unternehmen an die Rechtsstaatlichkeit gebunden ist.

C. Umfang der Grundrechtsbindung

1. Allgemein

Umstritten ist, ob die Grundrechtsbindung nur dann vorliegt, wenn unmittelbar staatliche Aufgaben wahrgenommen werden, oder ob öffentliche Unternehmen vollumfänglich an die Grundrechte gebunden sind, also auch bei nicht hoheitlichem Handeln.²² Klar ist, dass ein Unternehmen sich nicht von der Grundrechtsbindung befreien kann, indem es privatrechtliche statt öffentlich-rechtliche Anstellungen vornimmt.

NÖTZLI merkt hierzu treffend an, dass eine privatrechtliche Anstellung «dem staatlichen Arbeitgeber nach herrschender Lehre nicht diejenige Autonomie und Flexibilität [verschafft], die er sich durch diesen Schritt erhoffen mag und die für den privatrechtlichen Arbeitgeber gilt».

Mit anderen Worten: «Der Staat bleibt Staat, auch wenn er seine Dienstverhältnisse dem Privatrecht unterstellt.»²³

2. Hoheitliches Handeln

Grundrechtsgebunden ist jedes hoheitliche Handeln. Hoheitliches Handeln liegt insbesondere dann vor, wenn das Rechtsverhältnis zwischen dem Träger der staatlichen Aufgabe und dem Privaten gestützt auf öffentliches Recht einseitig, verbindlich und erzwingbar festgelegt wird.²⁴ Ob hoheitliches Handeln vorliegt, erfordert im Zweifelsfall die Berücksichtigung des gesamten in Frage stehenden Rechtsverhältnisses sowie der Charakteristika der zu regelnden Sache.²⁵

So hat das Bundesgericht festgehalten, dass die SBB bei der Bewirtschaftung ihrer Plakatflächen auch dann hoheitlich handeln, wenn es sich nicht um Eigen-, sondern um Fremdwerbung handelt, welche in erster Linie zur Ertragsverbesserung betrieben wird, da es hierbei um die Nutzung von öffentlichem Grund geht.²⁶

3. Privatrechtliches Handeln des Staates

In der Botschaft zur Bundesverfassung hielt der Bundesrat fest, dass es durchaus vorstellbar sei, dass im einen oder anderen Punkt die Pflichten, die sich aus einem bestimmten Grundrecht ergeben, angepasst werden müssen, wenn gewisse staatliche Aufgaben delegiert werden. Eine Anpassung des Verfassungstextes sei aber nicht notwendig, da die Formulierung von Art. 35 Abs. 2 BV dem Gesetzgeber oder dem Richter genügend Spielraum lasse, Differenzierungen je nach der zu übertragenden Aufgabe oder deren Träger vorzunehmen.²⁷

Hier stellt sich die Frage, ob – und falls ja, wie stark – das öffentliche Unternehmen an die verfassungsmässigen Grundrechte gebunden ist. Einerseits besteht die Überlegung, dass der Staat – wenn er privatrechtlich und in direkter Konkurrenz zu privaten Dritten handelt – übermässig gebunden ist, wenn er weitergehende Verpflichtungen einzuhalten hat als die Mitwettbewerber. Es entsteht dadurch eine Wettbewerbsverzerrung zu Ungunsten des

²² In BGE 129 III 35 E. 5.2 hat sich das Bundesgericht gegen eine vollumfängliche Grundrechtsbindung der Post ausgesprochen und entschieden, dass die Post als öffentlich-rechtliche Anstalt im Wettbewerbsbereich nicht der Grundrechtsbindung unterliege, da sie in diesem Bereich keine «staatlichen Aufgaben» wahrnehme.

²³ HARRY F. NÖTZLI, Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht, in: Roland Müller/Kurt Pärli/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017, 307 ff., 309.

²⁴ SGK BV-SCHWEIZER (FN 9), Art. 35 N 43.

²⁵ BGE 126 I 250, 252 ff.; SGK BV-SCHWEIZER (FN 9), Art. 35 N 43.

²⁶ BGE 138 I 274 E. 2.3.3 ff.

²⁷ Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., 193.

Staates. Diese Ansicht vertreten ein Teil der Lehre²⁸ und auch einige öffentliche Unternehmen selbst.²⁹

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Grundrechtsbindung von staatlichen Akteuren, welche am marktwirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen, ist nicht konstant. So entschied das Bundesgericht beispielsweise, der Post seien im Wettbewerb mit privaten Marktteilnehmern «gleich lange Spiesse» zu verschaffen.³⁰ Der Entscheid stiess auf Kritik.³¹

Ein überwiegender Teil der Lehre geht denn auch von einer Grundrechtsbindung des Staates und seiner Einrichtungen in allen Organisations- und Handlungsformen nach Art. 35 Abs. 2 BV aus.³² Die Grundrechtsbindung soll auch dann volle Wirkung entfalten, wenn der Staat unternehmerisch und in direkter Konkurrenz zu rein privaten Marktteilnehmern agiert.³³ Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Weil der Staat letztlich selbst entscheiden kann, in welchen Bereichen er tätig ist und wie die Unternehmensform ausgestaltet sein soll, geht es nicht an, dass er dadurch gleichzeitig den Entscheid fällt (bzw. selbst fällen kann), ob er in diesem spezifischen Bereich an die Grundrechte gebunden sein will oder nicht. Der Private muss sich darauf verlassen können, dass der Staat nach fixen Grundsätzen handelt. Und das kann und darf nicht von dem teilweise schmalen Grat abhängig gemacht werden, ob die in Frage stehende Aufgabe letztlich hoheitliches oder privatrechtliches Handeln darstellt.³⁴

Dennoch verbleibt dem Staat mit der Wahl zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Anstellung trotz identischer Grundrechtsbindung ein Gestaltungsspielraum, namentlich mit Blick auf die Rechtsfolgen und das divergierende anwendbare Verfahrensrecht und damit den Rechtsschutz.³⁵

Sodann stellt sich die Frage, wie die beiden Normensysteme – privatrechtliches Arbeitsrecht und öffentlich-rechtliche Grundsätze – dogmatisch zueinander stehen: Liegt einzig ein rein privatrechtliches Verhältnis vor, dessen Normen jedoch im Lichte der Grundrechtsbindung «modifiziert» werden?³⁶ Oder handelt es sich um zwei parallel anwendbare Systeme mit entsprechenden parallelen Ansprüchen: einerseits privatrechtliche Ansprüche nach OR und andererseits öffentlich-rechtliche Ansprüche, wobei letztere teils als objektive (nach Art. 5 BV), teils als subjektive Rechte (so die Grundrechte) ausgestaltet sind?³⁷ Die Antwort hieraus hat namentlich Auswirkungen auf die Sanktionen einer Rechtsverletzung und auf den Rechtsschutz.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist – getreu der entsprechenden Wahl des Gesetzgebers – von einem echten und grundsätzlich ausschliesslichen Privatrechtsverhältnis auszugehen, auch wenn dieses als «modifiziert» bzw. «verfassungsüberlagert» bzw. «grundrechtsgebunden» zu betrachten ist. In dessen Rahmen können die subjektiven (an sich öffentlich-rechtlichen) Ansprüche, die sich aus den Grundrechten ergeben, berücksichtigt werden, ja sogar die gleichgerichteten objektiven öffentlich-

²⁸ SGK BV-SCHWEIZER (FN 9), Art. 35 N 30, m.w.H.

²⁹ So ist die BKW AG der Ansicht, dass sie trotz der «52,54%»-Beteiligung des Kantons Bern kein öffentliches Unternehmen sei. Sie bezeichnet sich selbst als «gemischtwirtschaftliches Unternehmen», welches gemäss der eigenen Definition dann auch nicht an die Grundrechte gebunden wäre. Immerhin wird angemerkt, dass eine Quersubvention zwischen Monopol- und Wettbewerbsvergleich verboten sei; vgl. Internet: <https://www.bkw.ch/de/ueber-bkw/unser-unternehmen/bkw-im-wandel/orientierung-an-markt-und-wettbewerb> (Abruf 5.5.2020).

³⁰ BGE 129 III 35 E. 5.3.

³¹ AUGUST MÄCHLER, Bemerkungen zu BGer 4C.297.2001, ZBl 2003, 365 ff., 375 f.; YVO HANGARTNER, Bemerkungen zu BGE 129 III 35 i.S. Die Schweizerische Post c. Verein gegen Tierfabriken Schweiz, AJP 2003, 690 ff., 693; MADELEINE CAMPRUBI, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: ein Verstoß gegen die Wirtschaftsfreiheit, AJP 2004, 384 ff., 403.

³² Statt vieler: YVO HANGARTNER, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, AJP 2000, 515 ff., 518; ISABELLE HÄNER, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, AJP 2002, 1144 ff., 1150.

³³ So beispielsweise BIAGGINI (FN 8), Art. 25 BV N 9, m.w.H.; anderer Meinung etwa REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 3. A., Bern 2018, 47, ebenfalls m.w.H.

³⁴ Vgl. auch THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. A., Bern 2019, N 210a.

³⁵ Dazu unten Ziff. IV.C.5. Kritisch zu dieser Wahlfreiheit MARCO DONATSCH, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, Jusletter vom 3.5.2010, N 35, m.w.H.

³⁶ So NÖTZLI (FN 23), der festhält, dass das OR seine privatrechtliche Natur beibehalte, aber «gleichwohl nicht in seiner originären Form angewendet werden» dürfe, denn es sei «nur eine modifizierte, den verfassungsmässigen Erfordernissen genügende Anwendung zulässig» (318), bzw. dass das Arbeitsverhältnis «trotz der Überlagerung durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen privatrechtlicher Natur» bleibe (320). Ebenso TOMAS POLEDNA, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: Peter Helbling/Tomas Poledna, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Zürich 1999, 209 ff., 220. LÜTHI nennt diese Verhältnisse anschaulich «verfassungsüberlagert» (DENISE LÜTHI, Kündigung in öffentlichen Unternehmen, Masterarbeit der Universität Bern 2016, 18).

³⁷ Unter Ausklammerung der subjektiven Grundrechte wäre diese Betrachtungsweise z.B. mit dem Nachbarrecht vergleichbar, wo parallel öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Rechte und Pflichten bestehen, die materiell und prozedural grundsätzlich unabhängig voneinander sind. Eine dritte Position vertritt DONATSCH (FN 35), der grundsätzlich einzig von einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis ausgeht: «Werden die Arbeitsverhältnisse dem Privatrecht unterstellt, so werden sie dennoch von öffentlichrechtlichen Vorschriften überlagert, sodass [...] von einer echten privatrechtlichen Ordnung nicht die Rede sein kann» (N 32).

rechtlichen Verfassungsprinzipien gemäss Art. 5 BV. Ein paralleles öffentlich-rechtliches Sanktionsregime mit eigenem Rechtsweg ist dafür sachlich unnötig und würde die Rechtslage ohne Mehrwert verkomplizieren. Sie würde auch der (zulässigen) Wahl des Gesetzgebers für das Privatrecht nicht gerecht. Zur vollständigen prozeduralen Abdeckung, namentlich auch der objektiven verfassungsrechtlichen Prinzipien, bleibt einzig (aber immerhin) die Aufsichtsbeschwerde nach dem jeweiligen Aufsichtsrecht anwendbar.³⁸

IV. Auswirkung der Grundrechtsbindung

A. Bindung an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gemäss Art. 5 BV etc.

Staatliches Handeln muss gemäss Art. 5 Abs. 2 BV im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Adressat von Art. 5 BV sind alle Staatsorgane, womit entsprechend den vorstehenden Ausführungen auch der in Privatrechtsform handelnde Staat erfasst wird. Somit sind öffentliche Unternehmen an die Verfassungsgrundsätze von Art. 5 Abs. 2 BV gebunden und ihre Handlungen müssen sowohl im öffentlichen Interesse liegen als auch verhältnismässig sein sowie die Grundrechte einhalten.

B. Bedeutung für das grundrechtsgebundene Arbeitsverhältnis

Die erwähnten Normen wirken sich mannigfach auf das grundrechtsgebundene privatrechtliche Arbeitsverhältnis aus.

Aus dem Legalitätsprinzip ergibt sich beispielsweise, dass bei staatlichen Organen bereits der Entscheid für ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis eine gesetzliche Grundlage voraussetzt.³⁹ Postuliert wird auch, dass weitere Aspekte des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses generell-abstrakt und genügend bestimmt geregelt werden, wo die Normen des Privatrechts sehr allgemein gehalten sind.⁴⁰

Das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot wiederum setzen Leitplanken bei der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. Beide entfalten insbesondere bei der Festsetzung des Lohnes⁴¹ oder der Arbeitszeitgestaltung Wirkung, wobei für die Behörden hinsichtlich der Aus-

gestaltung der Besoldungsordnung ein erheblicher Spielraum besteht.⁴² Ähnliches gilt für die Stellenbesetzung.⁴³ Diese Freiheit findet ihre Grenze aber jedenfalls dann, wenn ein Gemeinwesen an Eigenschaften anknüpft, die dem Diskriminierungsverbot unterliegen (Art. 8 Abs. 2 BV).

Aus dem Gebot von Treu und Glauben wird bisweilen auch abgeleitet, dass die Arbeitnehmer über ihre besondere Rechtsstellung infolge des Grundrechtsschutzes informiert werden,⁴⁴ ebenso über die Absicht des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis nicht weiterzuführen.⁴⁵ Das Willkürverbot untersagt im Übrigen auch willkürliche Begünstigungen.⁴⁶

Am stärksten wirken sich diese Grundrechte jedoch auf den Kündigungsschutz aus, der nachfolgend eingehender untersucht sei.

C. Kündigungsschutz im Besonderen

1. Formeller und materieller Kündigungsschutz

Grundsätzlich wäre eine Unterscheidung nach formellem und materiellem Kündigungsschutz möglich, wobei der formelle Kündigungsschutz vorliegend das Verfahren, welches zur Kündigung führt, und das rechtliche Gehör beinhalten würde. Das Willkürverbot, das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, das Rechtsgleichheitsgebot und das Gebot der Verhältnismässigkeit fallen unter den materiellen Kündigungsschutz. Da diese Begriffe bei privatrechtlichen Arbeitsverträgen, welche unter das Obligationenrecht fallen, anders besetzt sind und demnach die Gefahr der Verwechslung besteht, wird hier darauf verzichtet und mit anderen Kategorien gearbeitet.

Die Bindung an die verfassungsmässigen Grundsätze hat insbesondere Auswirkungen auf den Kündigungs-

⁴² Vgl. BGER, 8C_162/2018, 4.7.2018, E. 5.1.1 ff.; DONATSCH (FN 35), N 28.

⁴³ PETER HÄNNI, Beendigung öffentlicher Dienstverhältnisse, in: Peter Münch/Markus Metz (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band II, 2. A., Bern 2012, N 8.6. In Systemen mit Beamten- und Anstellungsverhältnissen stellt sich zudem die Frage, inwieweit eine solche «Zweiklassengesellschaft» vor dem Rechtsgleichheitsgebot standhält (vgl. MATTHIAS MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, Vom Amtsdauersystem zum öffentlich-rechtlichen Gesamtarbeitsvertrag, Diss., Zürich 1998, 130 f.).

⁴⁴ So DONATSCH (FN 35), N 31.

⁴⁵ REGINA KIENER, Verfahren der Amtsenthebung von Richterinnen und Richtern an erstinstanzlichen Gerichten des Bundes, Bern 2007, 29.

⁴⁶ UHLMANN (FN 16), 227 f.

³⁸ Im Einzelnen unten Ziff. IV.C.5.

³⁹ DONATSCH (FN 35), N 6, m.w.H.

⁴⁰ In diesem Sinne DONATSCH (FN 35), N 30.

⁴¹ Vgl. POLEDNA (FN 36), 221.

schutz. Aus der Grundrechtsbindung ergeben sich zwei zentrale Aspekte. Einerseits ergibt sich aus dem Willkürverbot (Art. 9 BV), dass eine Kündigung nur gestützt auf einen sachlichen Grund ergehen darf.⁴⁷ Andererseits ist aufgrund von Art. 29 Abs. 2 BV vor einer Kündigung dem Betroffenen grundsätzlich das rechtliche Gehör zu gewähren. Die Bindung an Art. 5 BV bewirkt, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren ist. Ferner sind die Grundsätze von Treu und Glauben und das Rechtsgleichheitsgebot zu beachten.

Im Zusammenhang mit einer Kündigung wäre der Grundsatz von Treu und Glauben beispielsweise verletzt, wenn das Gemeinwesen im Arbeitnehmer die vorbehaltlose Erwartung schüren würde, ihn weiter zu beschäftigen⁴⁸ (oder gar zu befördern), der Arbeitnehmer im Vertrauen darauf Dispositionen trafe und das Gemeinwesen entgegen der geschürten Erwartung die Kündigung ausspreche.⁴⁹

Das Rechtsgleichheitsgebot wäre seinerseits verletzt, wenn ein Gemeinwesen bei identischer Ausgangslage einem Arbeitnehmer kündigt, nicht aber einem anderen; eine Ausnahme läge dann vor, wenn das Gemeinwesen beispielsweise unter allgemeinem Spardruck eine bestimmte Stellenzahl reduzieren müsste, wobei auch hier die Auswahl der Betroffenen nach sachlichen Kriterien zu erfolgen hätte. Das Rechtsgleichheitsgebot wäre ausserdem verletzt, wenn ein Gemeinwesen eine Kündigung gar mit einem Merkmal begründet, das nach Art. 8 Abs. 2 BV dem Diskriminierungsverbot unterliegt.

Im Ergebnis erfährt der Arbeitnehmer sowohl einen erweiterten sachlichen wie auch einen formellen Kündigungsschutz.⁵⁰ Es entstehen gewissermassen Verfahrensgarantien, welche bei einer Auflösung eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses mit dem Gemeinwesen zu beachten sind.

Art. 342 Abs. 1 OR statuiert einen Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechts. Bund, Kantone und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften sowie öffentliche Anstalten sind bei der Ordnung der Anstellungsverhält-

nisse somit nicht dem Arbeitsvertragsrecht des OR unterworfen.⁵¹ Sie können ihre Anstellungsverhältnisse individuell ordnen.

Vielfach lehnen sich die individuellen Erlasse jedoch an das Obligationenrecht an und übernehmen ganze Passagen des Gesetzes oder verweisen darauf. Die Gesetzgebungshoheit öffentlicher Körperschaften hindert zudem nicht daran, dass Lücken in einem Anstellungsverhältnis des öffentlichen Dienstes durch analoge Heranziehung des Arbeitsvertragsrechts geschlossen werden. Ebenso können grundlegende Bestimmungen des Obligationenrechts im Bereich des öffentlichen Personalrechts angewendet werden, wenn sie Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze sind.⁵²

2. Willkürverbot/Sachlicher Grund

Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse können in privaten Unternehmen aufgrund der in der Schweiz geltenden Kündigungsfreiheit – vorausgesetzt, es liegt keine Missbräuchlichkeit vor – grundsätzlich frei gekündigt werden.⁵³

Für die vorliegend besprochenen speziellen Arbeitsverhältnisse in öffentlichen Unternehmen gilt jedoch etwas anderes. Als Folge des Willkürverbots und des Verhältnismässigkeitsprinzips muss eine Kündigung auf sachlichen Gründen beruhen. Gefordert wird nicht ein wichtiger Grund, der das Arbeitsverhältnis unzumutbar machen würde. Derartige Gründe werden nur für die ausserordentliche Kündigung benötigt.⁵⁴ Ein Verschulden des Entlassenen ist dabei nicht massgebend für die Beurteilung, ob ein sachlicher Grund vorliegt. Objektive Gründe wie z.B. gesundheitliche Probleme sowie fachliche oder charakterliche Mängel können genügen.⁵⁵ Dies gilt auch dann, wenn das anwendbare Personalrecht keine sachlichen Gründe auflistet oder lediglich auf das Obligationenrecht verweist, da sich dieses Erfordernis aus den verfas-

⁴⁷ UHLMANN (FN 16), 271 f.

⁴⁸ Zu denken ist auch an den Fall, wo ein Arbeitnehmer ein befristetes Arbeitsverhältnis hat, dieses aber schon ein oder mehrmals verlängert worden ist; allerdings kann sich auch in solchen Fällen kein so starker Vertrauensschutz herausbilden wie im Beamtensystem mit Wiederwahl (vgl. dazu MICHEL [FN 43], 140 ff.).

⁴⁹ Vgl. zum Vertrauensschutz allgemein SGK BV-SCHWEIZER (FN 9), Art. 9 N 47 ff. Zur weniger strengen privatrechtlichen Praxis in dieser Konstellation vgl. BGE 131 III 535 E. 4.2, zu einem Anwendungsfall hingegen BGE 118 II 157 E. 4b/bb und GEISER/MÜLLER/PÄRLI (FN 34), N 643.

⁵⁰ DONATSCH (FN 35).

⁵¹ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 342 OR N 2.

⁵² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF (FN 51), Art. 342 OR N 2.

⁵³ Tatsächlich ist die Kündigungsfreiheit aber vielfältigen Einschränkungen unterworfen; vgl. zum Ganzen KURT PÄRLI, Kündigungsschutz – ein Menschenrecht?, AJP 2018, 1533 ff., und KURT PÄRLI, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 2010, 715 ff.

⁵⁴ MICHEL (FN 43), 297 ff.; UHLMANN (FN 16), 271 f.

⁵⁵ HÄNNI (FN 43), N 8.19; siehe hierzu auch BGE, 8C_617/2018, 30.1.2019, welcher eine Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses aufgrund mangelnder fachlicher Qualifikation als nicht willkürlich ansieht.

sungsrechtlichen Schranken ergibt.⁵⁶ Das Vorliegen eines sachlichen Kündigungsgrundes hat im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis die Arbeitgeberin zu beweisen.⁵⁷

3. Verhältnismässigkeitsprinzip

a. Allgemein

Ein sachlicher Kündigungsgrund allein ist nicht ausreichend, damit sich eine Kündigung als gerechtfertigt erweist. Diese muss auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhalten, welche sich in die drei Aspekte Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit i.e.S. gliedert.⁵⁸

b. Eignung

Eine Kündigung erweist sich dann als geeignetes Mittel, wenn sie zur Problemlösung dient. Dies dürfte in den meisten Fällen gegeben sein, in welchen es sich um eine personenbezogene Kündigung handelt, da nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Interaktion zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin mehr stattfindet. Bei sachlichen Gründen wie z.B. wirtschaftlichen Aspekten kann dies diskutabel sein.

c. Erforderlichkeit/Schonende Rechtsausübung

Die Erforderlichkeit ist nur dann gegeben, wenn mildere Massnahmen nicht zum gleichen Ziel führen würden. Im Hinblick auf eine allfällige Kündigung wären als mildere Mittel z.B. eine Verwarnung, eine Bewährungsfrist oder eine Versetzung denkbar. Eine mildere Massnahme kann demnach eigentlich nur dann entfallen, wenn es für Dritte nachvollziehbar ist, dass ein Arbeitnehmer aufgrund des konkreten Vorfalls nicht mehr tragbar ist.⁵⁹

Nicht erforderlich war nach Ansicht des Bundesgerichts eine Verwarnung, nachdem ein Arbeitnehmer (Serviceleiter) während eines Jahres die Arbeitszeiterfassung willentlich 78 Mal manipuliert hatte. Es kam zum Schluss, dass das Fehlverhalten nach Art und Schwere, insbesondere im Hinblick auf die Wiederholung und die Stellung

des Arbeitnehmers als Serviceleiter, eine schwerwiegende Treuepflichtverletzung darstellt, die das Vertrauensverhältnis zur Arbeitgeberin unwiderruflich zerstört und eine fristlose Entlassung rechtfertigt.⁶⁰

d. Verhältnismässigkeit i.e.S.

Die Verhältnismässigkeit i.e.S. erfordert, dass die Individualinteressen des Arbeitnehmers gegen die öffentlichen Interessen abgewogen werden.⁶¹ In die Abwägung einzubeziehen sind insbesondere die Dauer des Arbeitsverhältnisses und das Alter des Arbeitnehmers. Je älter die betroffene Person ist und je länger das Arbeitsverhältnis bereits andauert, desto einschneidender wirkt eine Kündigung. Dies zeigt sich bereits darin, dass für die Probezeit erleichterte Bedingungen herrschen.⁶²

4. Rechtliches Gehör

Wie bereits erwähnt gilt in der Schweiz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis grundsätzlich die Kündigungsfreiheit. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang allerdings die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die privatrechtliche Arbeitgeberin hinsichtlich bestimmter Personengruppen – namentlich ältere Arbeitnehmer mit langer Diensttreue – eine Fürsorgepflicht trifft. In einem solchen Kontext wird teils eine Anhörung vor der Kündigung⁶³ oder eine «letzte Warnung»⁶⁴ verlangt.

Durch die Gewährung des rechtlichen Gehörs soll sichergestellt werden, dass der betroffene Arbeitnehmer die Gründe erfährt, welche zur Kündigung führen. Zudem wird ihm so ermöglicht, sein Verhalten allenfalls anzupassen bzw. Stellung zu einzelnen Aspekten zu beziehen. Das rechtliche Gehör umfasst als Teilaspekte:⁶⁵

- das Recht über die Orientierung der in Aussicht stehenden Kündigung;
- das Recht, sich vorgängig zu äussern und angehört zu werden;
- das Recht, an der Beweiserhebung mitzuwirken, und das Recht auf Akteneinsicht;
- das Recht auf Vertretung und Verbeiständung;
- das Recht auf individuelle Eröffnung; sowie
- das Recht auf Begründung der Verfügung.

⁵⁶ VGer LU, V 98 30, 20.4.1999, E. 6c, in: LGVE 1999 II Nr. 3.

⁵⁷ DONATSCH (FN 35), N 24.

⁵⁸ MICHEL (FN 43), 301; vgl. hierzu auch BGer, 8C_733/2018, 13.6.2019, welcher sich mit einer vertraglich vereinbarten Wohnsitzpflicht für den «Chef Bereitschafts- und Verkehrspolizei» im Kanton Uri auseinandersetzt (und diese als verhältnismässig taxiert).

⁵⁹ Personalrekursgericht AG, 3.7.2008, in: PETER HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht, Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der kantonalen Gerichte, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2009, 239 ff., 258.

⁶⁰ BGer, 8C_301/2017, 1.3.2018, E. 4.4.

⁶¹ DONATSCH (FN 35), N 21.

⁶² MICHEL (FN 43), 302.

⁶³ BGE 132 III 115.

⁶⁴ BGer, 4A_384/2014, 12.11.2014, E. 5.2.

⁶⁵ HÄNNI (FN 43), N 8.61.

5. Sanktionen und Rechtsweg

Schliesslich stellen sich auch die Fragen nach den Sanktionen bei Rechtsverletzungen und dem Rechtsweg. Die Antworten hängen wie erwähnt ebenfalls davon ab, wie man das Verhältnis des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses zu den verfassungsrechtlichen Regeln betrachtet. Wie dargelegt, ist von einem grundsätzlich ausschliesslichen Privatrechtsverhältnis auszugehen.⁶⁶ Entsprechend richten sich auch die *materiell-rechtlichen Sanktionen* nach dem Privatrecht.

Im Zentrum stehen hier die Regeln von Art. 336 ff. OR zur missbräuchlichen Kündigung.⁶⁷ Dabei ist punkto *Tatbestand* zwar einzuräumen, dass diese privatrechtliche Bestimmung den hier behandelten Sonderfall des grundrechtlich modifizierten Privatrechtsverhältnisses naheliegenderweise nicht explizit regelt und auch nicht für alle möglichen Grundrechtsverletzungen ein privatrechtliches Pendant kennt, wenngleich für einige schon.⁶⁸ Allerdings enthält Art. 336 OR einen allgemeinen Grundtatbestand der Missbräuchlichkeit, der sich nicht auf die nachfolgend aufgezählten Fälle beschränkt.⁶⁹ Auch zahlreiche öffentlich-rechtliche Personalgesetze subsumieren Verletzungen der erwähnten Verfassungsgrundsätze unter diesen Tatbestand, wo sie ihn mit Verweis auf das OR auch öffentlich-rechtlich vorsehen.⁷⁰ Daher liegt es nahe, diesen Tatbestand auch dort als erfüllt zu betrachten, wo das Gemeinwesen sich ausdrücklich für die Privatrechtsordnung entschieden hat, die den sachlichen Kündigungsschutz in dieser Norm regelt.⁷¹ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der allgemeine Tatbestand nur Fälle erfasst, die ähnlich schwer wiegen wie die im Gesetz

explizit genannten;⁷² diese «Bagatelld Klausel» muss auch für die Verletzung verfassungsmässiger Pflichten gelten, wird dort aber im Allgemeinen erfüllt sein. Jedenfalls gilt im verfassungsüberlagerten privatrechtlichen Arbeitsverhältnis wegen der zu berücksichtigenden Verfassungsgrundsätze ein strengerer Massstab als nach der rein privatrechtlichen Betrachtung des Generaltatbestandes von Art. 336 OR.⁷³

Als *materielle Rechtsfolge* kommen theoretisch drei Varianten in Betracht: (i) Nichtigkeit,⁷⁴ (ii) Anfechtbarkeit/Ungültigkeit⁷⁵ und (iii) blosser Feststellung der Widerrechtlichkeit mit Entschädigungsanspruch.⁷⁶ Dabei stellt sich die Frage, welche Rechtsfolge im grundrechtlich gebundenen privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gilt.

Im rein privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist die Rechtsfolge einer rechtswidrigen Kündigung die (blosse) Feststellung der Missbräuchlichkeit samt Entschädigungsanspruch nach Art. 336a OR,⁷⁷ nicht aber die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit⁷⁸ (abgesehen von einigen hier nicht einschlägigen Ausnahmen).⁷⁹

Im öffentlich-rechtlichen Personalrecht steht es dem jeweiligen Gesetzgeber frei, welche der drei Varianten er wählt, was auch das Bundesgericht festhält.⁸⁰ Aus den erwähnten Verfassungsnormen ergibt sich namentlich kein Verbot, die Variante (iii) – blosser Feststellung samt Entschädigung – zu wählen. In der Praxis sehen mit Blick auf die Rechtssicherheit wenige Personalgesetze die Nichtigkeit von rechtswidrigen Kündigungen vor, zahlreiche die Anfechtbarkeit,⁸¹ aber auch einige die Lösung gemäss Privatrecht.⁸²

⁶⁶ Vgl. oben Ziff. III.C.3.

⁶⁷ Offengelassen bei NÖTZLI (FN 23), 320.

⁶⁸ Vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI (FN 34), N 624; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF (FN 51), Art. 336 OR N 4, mit Hinweis darauf, dass privatrechtlich grundsätzlich weder allgemein die Verhältnismässigkeit zu wahren noch rechtliches Gehör zu gewähren ist. Allerdings kann z.B. widersprüchliches Verhalten durchaus einen Missbrauch begründen, wobei Art. 9 BV seine Entsprechung in Art. 2 Abs. 2 ZGB findet.

⁶⁹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (FN 34), N 643; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF (FN 51), Art. 336 OR N 2 ff.

⁷⁰ So z.B. § 13 Abs. 3 PG/ZG oder in Art. 20 Abs. 1 lit. g–h des Personalreglements der Gemeinde Teufen (AR). In § 18 Abs. 2 PG/ZH werden sodann die Rechtsfolgen gleichbehandelt. Vgl. zur Verbreitung auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF (FN 51), Art. 336 OR N 2, sowie (kritisch) POLEDNA (FN 36), 220 f. und 230 f. Auch das BPG kennt punkto Tatbestand eine mit Art. 336 OR vergleichbare Regel, wie PETER HELBLING, in: Wolfgang Portmann/Felix Uhlmann (Hrsg.), Bundespersonalgesetz (BPG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2013, Art. 6 BPG N 26, festhält.

⁷¹ Gemäss schriftlicher Auskunft vom 24. März 2020 von Thomas Wettstein, Rechtsdienst Eidgenössisches Personalamt EPA.

⁷² GEISER/MÜLLER/PÄRLI (FN 34), N 624, m.w.H.

⁷³ LÜTHI (FN 36), 37 ff.

⁷⁴ Bei Nichtigkeit entfaltet die Kündigung ex tunc keinerlei Wirkung, was jederzeit von Amtes wegen zu berücksichtigen ist.

⁷⁵ Bei Ungültigkeit/Anfechtbarkeit wirkt die Kündigung, ausser sie wird fristgerecht angefochten und von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben.

⁷⁶ Bei blosser Feststellung der Widerrechtlichkeit bleibt die Kündigung in jedem Falle wirksam.

⁷⁷ Die Tatsache, dass innert Verwirkungsfrist eine Einsprache bzw. Klage einzureichen ist (Art. 336b OR), ändert daran nichts.

⁷⁸ MÜLLER/VON GRAFFENRIED (FN 4), 161; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (FN 34), N 210, 630.

⁷⁹ So gilt Nichtigkeit bei Kündigung zur Unzeit (Art. 336c Abs. 2 OR) und Anfechtbarkeit bei Verletzung des Gleichstellungsgesetzes (Art. 10 GIG).

⁸⁰ BGE 144 I 181 E. 5.2.1; vgl. auch FLORIAN ROTH, Zur Nichtigkeit von Kündigungsverfügungen im Personalrecht, Jusletter vom 9.3.2020, N 5 ff.

⁸¹ So z.B. PG/BE, PG/BS, PG/SG oder PG/LU.

⁸² So z.B. in § 18 Abs. 3 PG/ZH, in § 14 Abs. 3 PG/ZG oder in Art. 30 Abs. 2 PG/AR. Vgl. dazu auch POLEDNA (FN 36), 220 f.

Wenn es nun also dem Gemeinwesen sogar im (tendenziell strengeren) Regime des öffentlichen Personalrechts freisteht, die Rechtsfolge-Variante gemäss OR zu wählen, so muss dies umso stärker auch dann möglich sein, wenn das Gemeinwesen ganz generell das OR (und damit eben auch die Rechtsfolgen von Art. 336a OR) wählt. Somit gilt auch im grundrechtsgebundenen privatrechtlichen Arbeitsverhältnis die Rechtsfolge gemäss Art. 336a OR; also eine «blosse» Feststellung der Widerrechtlichkeit bzw. Missbräuchlichkeit mit Entschädigungsanspruch.⁸³

Einigkeit herrscht hinsichtlich der Tatsache, dass auch die grundrechtsgebundenen privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse *prozedural* auf dem Zivilweg zu beurteilen sind.⁸⁴ Dies ergibt sich an sich schon aus Art. 1 Abs. 1 lit. a ZPO, der von Bundesrechts wegen alle Zivilsachen erfasst. Dabei ist unerheblich, ob die Parteien als Privatpersonen oder staatliche Behörden auftreten.⁸⁵ Für den Bund ergibt sich dies zudem ausdrücklich aus Art. 6 Abs. 7 BPG.⁸⁶

Ein (paralleles bzw. gar alternatives) öffentlich-rechtliches Rechtsmittelverfahren in diesen – wenn auch grundrechtsgebundenen – privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen scheidet umgekehrt nur schon deshalb aus, weil verwaltungsrechtliche Beschwerdeverfahren an öffentlich-rechtliche Verfügungen und verwaltungsrechtliche Klageverfahren an öffentlich-rechtliche Verträge anknüpfen.⁸⁷

Was in öffentlich-rechtlicher Hinsicht jedoch grundsätzlich bestehen bleibt, ist die *Aufsichtsbeschwerde*.⁸⁸ Diese kann gegen alle Adressaten ergriffen werden, welche öffentliche Aufgaben erfüllen,⁸⁹ und dies auch für privatrechtliches Handeln⁹⁰ – also auch in der hier behan-

delten Konstellation. Allerdings ist sie ein blosser Rechtsbehelf, kein Rechtsmittel. Zudem ist sie insofern subsidiär, als die Aufsichtsbehörde nicht eingreifen soll, soweit eine ordentliche Rechtsmittelinstanz (bzw. vorliegend Zivilgerichte) sich der Frage annimmt. Schliesslich setzt die Aufsichtsbeschwerde grundsätzlich ein öffentliches Interesse am Eingreifen voraus; eine blosse individuelle Beschwerde ohne grundsätzlichere Auswirkung reicht tendenziell nicht.⁹¹

V. Zusammenfassung und Empfehlungen

A. Zusammenfassung

Es ist unbestritten, dass der Staat, wenn er hoheitlich handelt, an die Grundrechte gebunden ist. Dabei spielt es keine Rolle, wie die konkrete Unternehmensform ausgestaltet ist und ob das Unternehmen unmittelbar oder mittelbar durch die öffentliche Hand kontrolliert wird.

Handelt der Staat privatrechtlich, wird die Frage nach der Bindung an die Rechtsstaatlichkeitsprinzipien unterschiedlich beantwortet. Aufgrund des direkten Wettbewerbs mit Privaten und der durch eine Grundrechtsbindung entstehenden Wettbewerbsverzerrung befürwortet ein Teil der Lehre eine Loslösung von der Grundrechtsbindung. Dem ist zu widersprechen. Es steht dem Staat frei, gewisse Aufgaben auszulagern; zudem kann er selbst die Rechtsform der Organisation wählen, in die ausgelagert werden soll. Dies kann aber nicht mit der gleichzeitigen Möglichkeit verbunden sein, sich dadurch von verfassungsmässigen Verpflichtungen zu befreien. Unabhängig davon, wie der Staat tätig wird, hat er sich an die Grundrechte zu halten; dies gilt insbesondere auch bei der Kündigung von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen in öffentlichen Unternehmen. Ein gewisser Kündigungsschutz entsteht somit direkt aus der Verfassung.

Auch wenn der Arbeitnehmer vom Gemeinwesen privatrechtlich angestellt ist, wird das Arbeitsverhältnis von Grundrechten und Verfassungsprinzipien überlagert. Es bleibt aber ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis, auch betreffend Sanktionen bei Rechtsverletzungen und den zivilen Rechtsweg, wobei auch die Verletzung der erwähnten verfassungsmässigen Normen im Rahmen von Art. 336 ff. OR zu beurteilen ist. Als einziger öffentlich-rechtlicher Rechtsbehelf kommt eine Aufsichtsbeschwerde in Frage.

⁸³ So im Resultat auch HÄNNI (FN 43), N 8.5.3.

⁸⁴ DONATSCH (FN 35), N 35; NÖTZLI (FN 23), 320.

⁸⁵ BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 1 N 3, in: Karl Spühler/Luca Tencio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017.

⁸⁶ Vgl. hierzu HELBLING (FN 70), Art. 6 BPG N 72 ff.

⁸⁷ Vgl. z.B. für den Bund fürs Beschwerdeverfahren Art. 5 VwVG und Art. 34 Abs. 1 BPG sowie Art. 35 lit. a VGG fürs Klageverfahren.

⁸⁸ Dazu allgemein STEFAN VOGEL, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 71 VwVG N 1 ff.; OLIVER ZIBUNG, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 71 VwVG N 1 ff.; MARTIN BERTSCHLI, in: Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. A., Zürich 2014, Vorbemerkungen zu §§ 19–28a VRG N 61 ff.

⁸⁹ VOGEL (FN 88), Art. 71 VwVG N 15; ZIBUNG (FN 88), Art. 71 VwVG N 7.

⁹⁰ ZIBUNG (FN 88), Art. 71 VwVG N 3.

⁹¹ Zu diesen Einschränkungen VOGEL (FN 88), Art. 71 VwVG N 5 und 21; ZIBUNG (FN 88), Art. 71 VwVG N 12 ff.

Die Praxis zur besprochenen Thematik ist indessen eher spärlich. Insbesondere bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, bei dem das Gemeinwesen in direkter Form als Marktteilnehmer am Wettbewerb mitwirkt, sind viele Fragen ungeklärt. Die Geltung der erwähnten Verfahrensgarantien bei der Kündigung hängt letztlich davon ab, ob hinsichtlich Art. 35 Abs. 2 BV das Wettbewerbshandeln von der Grundrechtsbindung ausgenommen wird oder eben nicht.

B. Empfehlungen

Soll ein Arbeitnehmer in einem öffentlichen Unternehmen entlassen werden, müssen konkrete Verfahrensschritte eingehalten werden, und zwar unabhängig davon, ob die Anstellung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich erfolgte.

Als Erstes muss genau geprüft werden, ob es sich bei der Arbeitgeberin um ein öffentliches Unternehmen handelt und dadurch eine Grundrechtsbindung besteht. Entscheidend dafür ist die massgebende Beherrschung des Unternehmens durch die öffentliche Hand.

Als Nächstes muss ein sachlicher Grund für die Kündigung vorliegen. Es empfiehlt sich, regelmässig (im Idealfall jährlich) Qualifikationsgespräche mit den Mitarbeitern durchzuführen. Diese Mitarbeitergespräche müssen detailliert protokolliert werden und es müssen explizit auch die negativen Punkte angesprochen und im Protokoll aufgeführt werden.

Soll ein Mitarbeiter entlassen werden, müssen schonendere Massnahmen in Betracht gezogen bzw. abgewogen werden. Liegt kein Grund für eine fristlose Kündigung vor, ist insbesondere eine Verwarnung auszusprechen, bei welcher die spezifischen Punkte, die zu der Verwarnung geführt haben, angesprochen und protokolliert werden. In diesem Fall hat der Arbeitnehmer auch seinerseits die Möglichkeit, angehört zu werden. Die Verwarnung muss zudem eine Frist enthalten, bis zu welcher sich die Situation geändert haben muss, und ebenso sind allfällige Konsequenzen aufzuführen, welche resultieren, sollte sich der Arbeitnehmer nicht ändern.

Kommt es trotz allem zur Kündigung, muss dem Arbeitnehmer die Kündigung individuell eröffnet und begründet werden. Der Arbeitnehmer muss ausreichend Gelegenheit erhalten, sich zu allen Vorwürfen, die zur Kündigung geführt haben, zu äussern. Nur dann ist sein rechtliches Gehör gewahrt. Auch die Kündigung und die Gewährung des rechtlichen Gehörs muss protokolliert werden, damit das Personaldossier vollständig und aussagekräftig ist.

Soll das Arbeitsverhältnis zwar aufgelöst werden, aber nicht zwingend mittels Kündigung, besteht die Möglichkeit einer Aufhebungsvereinbarung zwischen dem öffentlichen Unternehmen und dem Arbeitnehmer. Hierbei ist vor allem darauf zu achten, dass der Arbeitnehmer nicht unter Zeitdruck gesetzt wird, sondern die Möglichkeit hat, sich das Ganze in Ruhe zu überlegen und einen Entscheid zu fällen.

Werden alle diese Punkte beachtet, so ist auch im öffentlichen Unternehmen eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtlich einwandfrei zulässig, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche Anstellung handelt.